

## Seminar C: Grenzüberschreitende Verlustnutzung

Von Prof. Dr. Jürgen Lüdicke und  
Carolin Lange-Hückstädt, beide Hamburg\*

Im Rahmen des Seminars C sollen die in verschiedenen Staaten bestehenden Möglichkeiten und Grenzen, aber auch die systematischen Grundlagen für die grenzüberschreitende Nutzung von Verlusten kritisch analysiert werden. Der Blick richtet sich dabei sowohl auf Betriebsstätten als auch auf Tochtergesellschaften. Einschränkungen durch Vorschriften zur Bekämpfung von Steuerumgehungen werden ebenso betrachtet wie das Bedürfnis von Unternehmen, unvermeidbare Verluste durch Planung nutzbar zu machen. Abschließend wird diskutiert werden, welchen Einfluss die aktuellen Entwicklungen im Zusammenhang mit BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) auf die grenzüberschreitende Verlustnutzung in der Zukunft haben könnten.

### 1. Einleitung

Die grenzüberschreitende Berücksichtigung von Verlusten eines international tätigen Unternehmens ist ein zeitloses Thema. Ihm war bei dem im Jahr 1979 ebenfalls in Kopenhagen abgehaltenen IFA-Kongress das Generalthema (Subject II) gewidmet<sup>1</sup>.

Bei den seither – und vermutlich auch den zuvor – veranstalteten IFA-Kongressen spielte die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Rahmen der Generalthemen oder Seminare immer wieder eine gewisse Rolle. So war beim IFA-Kongress 1998 in London einer der Themenschwerpunkte des Subject I „*Tax treatment of corporate losses*“ die Behandlung von Verlusten ausländischer Betriebsstätten und Tochtergesellschaften. Die Teilnehmer des Podiums bedauerten<sup>2</sup> dabei die langsame Implementierung der 1979 in Kopenhagen ausgesprochenen Empfehlungen<sup>3</sup>. Beim IFA-Kongress 2000 in München ging es im Rahmen des Seminar B „*Tax treatment of currency profits and losses*“ auch um im Ausland, etwa in einer Betriebsstätte, erzielte Verluste. Am Rande ge-

streift wurden Verluste von oder mit Bezug auf CFCs<sup>4</sup> bei den IFA-Kongressen 2001 in San Francisco<sup>5</sup> und 2009 in Vancouver<sup>6</sup>. International doppelte Verlustnutzung durch doppelt ansässige oder durch hybride Gesellschaften und dual consolidated loss rules waren Aspekte des Themas „*Cross-border arbitrage*“<sup>7</sup> beim letztjährigen IFA-Kongress in Boston.

International tätige Unternehmen haben generell, insbesondere aber in Krisenzeiten, ein Interesse daran, im Unternehmen oder in der Unternehmensgruppe anfallende Verluste möglichst zeitgleich oder zeitnah mit anderweitigen steuerpflichtigen Gewinnen verrechnen zu können. Mangelnde Verlustverrechnungsmöglichkeiten zeitigen neben Cashflow-Nachteilen auch unmittelbar nachteilige Auswirkungen auf die Konzernsteuerquote. Wegen der teilweise sehr hohen Verlustvorträge in einzelnen Staaten<sup>8</sup> haben die Fisci allerdings häufig ein Interesse daran, die (grenzüberschreitende) Verlustnutzung zu beschränken. Ihr stehen die Sorge um das nationale Steueraufkommen und – europarechtlich gesprochen – die Idee einer angemessenen Abgrenzung und Aufteilung der Besteuerungshoheiten entgegen. Eine Zulassung grenzüberschreitender Verlustverrechnung kann jedoch, jedenfalls in gewissen Grenzen, auch eine Maßnahme zur Förderung der eigenen Wirtschaft sein. Schließlich fordert das Recht der EU, in bestimmten Konstellationen die Verrechnung ausländischer Verluste zu ermöglichen.

### 2. Deutsche und europarechtliche Grundsätze zur grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung

In Deutschland ist die Thematik der grenzüberschreitenden Nutzung ausländischer Betriebsstättenverluste seit Langem durch die Restriktionen des § 2a Abs. 1 und 2 EStG für sog. „passive Verluste“ sowie – in der Praxis womöglich noch wichtiger – in den Fällen DBA-rechtlicher Freistellung durch die von der Rechtsprechung entwickelte sog. „Symmetriethese“<sup>9</sup> geprägt. Letztere ist freilich als Auslegung der DBA keineswegs selbstverständlich oder zwingend<sup>10</sup>: Der österreichische Verwaltungsgerichtshof<sup>11</sup> und das luxemburgische *tribunal administratif*<sup>12</sup> legen die Freistellungsmethode nämlich

\* Prof. Dr. Jürgen Lüdicke, Rechtsanwalt und Steuerberater, ist Partner bei PricewaterhouseCoopers in Hamburg und Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Steuerrecht der Universität Hamburg; Carolin Lange-Hückstädt, LL.M. (University of Sydney), Rechtsanwältin und Steuerberaterin, ist Managerin bei PricewaterhouseCoopers in Hamburg.

1 Vgl. Cahiers de droit fiscal international (CDFI) Vol. 64b (1979), The effect of losses in one country on the income tax treatment in other countries of an enterprise or of associated enterprises engaged in international activities.

2 Vgl. den Bericht über die Podiumsdiskussion (Summary of Discussion – PRECIS98-1E.pdf, zugänglich im Mitgliederbereich der Homepage der IFA (<http://www.ifa.nl>)).

3 Vgl. die Resolution zum Thema II, IFA Yearbook 1979, S. 79 f.

4 Controlled Foreign Corporations.

5 Subject II: „Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends“.

6 Seminar C: „Foreign exchange issues arising under Controlled Foreign Corporation (CFC) rules“.

7 Seminar B des IFA-Kongresses 2012.

8 Nach OECD-Angaben in dem Report „Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning“ (2011) bis zu 25 % des Bruttoinlandsprodukts.

## AUFsätze

nicht symmetrisch aus. Beide Entscheidungen sind übrigens zu dem jeweiligen DBA mit Deutschland ergangen.

Die zur Förderung der deutschen Wirtschaft in § 2a Abs. 3 und 4 EStG a. F.<sup>13</sup> ermöglichte temporäre Nutzung DBA-befreiter Betriebsstättenverluste mit Nachversteuerung gehört ebenso der Vergangenheit an wie die ehemals in § 3 AIG vorgesehene Möglichkeit, eine steuerfreie Rücklage für Verluste von ausländischen Tochtergesellschaften zu bilden. Seit Einführung der Veräußerungsgewinnbefreiung in § 8b Abs. 2 und 3 KStG<sup>14</sup> und deren – im Wesentlichen mit Blick auf mögliche Verluste erfolgter – Ausdehnung auf Maßnahmen der Gesellschafter-Finanzierung wirken sich Verluste einer (in- und) ausländischen Beteiligungsgesellschaft in Kapitalgesellschaftskonzernen steuerlich selbst dann nicht mehr aus, wenn sie sich in einem verminderten Wert der Beteiligung beim Gesellschafter niederschlagen.

Weder für die DBA-Freistellung ausländischer Betriebsstättenergebnisse noch für die Beteiligungsveräußerungsgewinnbefreiung spielt es eine Rolle, ob Gewinne oder Verluste auch im Ausland zutage treten oder allein auf Wechselkurschwankungen zurückzuführen sind, die sich naturgemäß nur im Inland auswirken können.

Die Diskussion all dieser Gegebenheiten wird in Deutschland seit der EuGH-Entscheidung *Marks & Spencer*<sup>15</sup> im Wesentlichen vom Europarecht geprägt<sup>16</sup> und darauf verengt. Laufende Verluste sind nach gefestigter Auffassung<sup>17</sup> ausschließlich im Ursprungsstaat zu berücksichtigen, sofern der Heimatstaat nicht ohnehin auch die entsprechenden Gewinne besteuert<sup>18</sup>. „Verwandeln“ sich diese Verluste in finale

Verluste, trifft den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft oder des Stammhauses eine „Ausfallbürgschaft“<sup>19</sup> dergestalt, dass dieser zwecks Vermeidung einer grundfreiheitsrechtlich unzulässigen Beschränkung<sup>20</sup> für die Einmalberücksichtigung der Verluste verantwortlich ist. Zu klären bleibt allerdings noch, welche der voraussichtlich oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Ausland nicht mehr nutzbaren Verluste europarechtlich als „final“ qualifizieren<sup>21</sup>.

### 3. Definition und Abgrenzung der im Seminar C behandelten Thematik

Im Seminar C wird die Verlustnutzung durch Kapitalgesellschaften im Fokus stehen. Dabei wird das Vorhandensein eines steuerlichen Verlustes im Ausland unterstellt, seine Entstehung und Komponenten (Betriebsausgabenabzug, Zuordnung von Ausgaben, Verrechnungspreise) werden nicht thematisiert.

Gerade für eine internationale Diskussion wichtig erscheint die Unterscheidung zwischen „eigenen“ und „fremden“ Verlusten des Steuerpflichtigen. Unter „eigenen“ Verlusten einer Kapitalgesellschaft werden bspw. solche aus ausländischen Betriebsstätten oder aus ausländischen Immobilien verstanden. Für deren Nutzung kommt es im Wesentlichen darauf an, ob der Ansässigkeitsstaat dem Welteinkommensprinzip oder einem Territorialprinzip folgt und ob er in seinen DBA die Freistellungsmethode oder die Anrechnungsmethode anwendet<sup>22</sup>. Bei den „fremden“ Verlusten, nämlich solchen von Tochterunternehmen, spielen hingegen Fragen eine Rolle wie bspw., ob grenzüberschreitende Gruppenbesteuerungssysteme oder Vorschriften über beherrschte ausländische Unternehmen (CFC) Anwendung finden. Auch hybride Gesellschaftsformen bzw. Vorschriften wie die US-amerikanischen *check the box rules* sind in diesem Zusammenhang von Interesse. Verluste aus der Abschreibung oder Veräußerung einer Tochtergesellschaft können dem Entstehungsgrund nach sowohl als „eigene“ wie auch als „fremde“ Verluste begriffen werden – abhängig davon, ob der Wertverlust der Anteile lediglich geringere als die erwarteten Gewinne der Tochtergesellschaft, Börsenkursverluste etc. oder aber tatsächliche Verluste der Tochtergesellschaft widerspiegelt.

Die spannenden Fragen<sup>23</sup> im Zusammenhang mit ausländischen Verlusten infolge von Wechselkursschwankungen

9 Vgl. grundlegend RFH v. 25. 1. 1933, VI A 199/32, RStBl 1933, 478 (obiter dictum); ebenso RFH v. 26. 6. 1935, VI A 414/35, RStBl 1935, 1358 f., unter zusätzlicher Berufung auf *Dorn*, VJSchr. 1927, 189 (207): „Aufteilung der Steuerquellen ...“. Daran anschließend BFH v. 11. 3. 1970, I B 3/69, BStBl II 1970, 569; seither st. Rspr. des BFH. In seinem Vorlagebeschluss in der Rs. *Lidl Belgium* v. 28. 6. 2006, I R 84/04, BStBl II 2006, 861, hat der BFH die Symmetriethese – zum DBA-Luxemburg und in ausdrücklicher Abgrenzung zur Spruchpraxis des luxemburgischen *tribunal administratif* (vgl. sogleich bei Fn. 12) – noch einmal bekräftigt. Der EuGH hatte die Frage, ob die nationale Auslegung des DBA zutrifft, nicht weiter zu kommentieren, in Tz. 33 wird sie vorausgesetzt (EuGH v. 15. 5. 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, IStR 2008, 400 m. Anm. *Englisch* und *de Weerth*). Mit Blick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip zu Recht kritisch bspw. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., Rn. 16.533.

10 So auch OECD-MK Tz. 44 zu Art. 23A OECD-MA.

11 Erkenntnis v. 25. 9. 2001, 99/14/0217 E, IStR 2001, 754.

12 Urt. v. 19. 1. 2005, No. 17 820, siehe hierzu *Winandy*, IStR 2005, 594 ff.

13 Zuvor § 2 des Gesetzes über steuerliche Maßnahmen bei Auslandsinvestitionen der deutschen Wirtschaft (AIG) v. 18. 8. 1969, BGBl I 1969, 1211 (1214).

14 Kritisch hinsichtlich der Erfassung von Verlusten bei Veräußerung und Liquidation *Schnitger*, in: *Schnitger/Fehrenbacher*, KStG, § 8b Rn. 415 m. w. N.

15 EuGH v. 23. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, IStR 2006, 19 m. Anm. *Englisch*; hierzu *Herzig/Wagner*, DStR 2006, 1 ff.; *Scheunemann*, IStR 2006, 145 ff.; *Maiterth*, DStR 2006, 915 ff.

16 Siehe bspw. *Musil*, DB 2011, 2451 ff., und die Einzelbeiträge zu verschiedenen Aspekten bei *Baumhoff/Schönfeld* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Verlustverrechnung*, 2011.

17 EuGH v. 25. 2. 2010, C-337/08, *X-Holding*, IStR 2010, 213 m. Anm. *Englisch*; *Eisenbarth/Hufeld*, IStR 2010, 309 ff.

18 Etwa im Falle von Anrechnungsbetriebsstätten.

19 So *Gosch*, Außensteuerliche Aspekte der Gewerbesteuer, Diskussionsbeiträge (Grüne Hefte) Heft 177, Universität Hamburg, S. 17.

20 Es ist nach wie vor höchst streitig, ob und ggf. wann ausländische Tochtergesellschaften einer inländischen Organtochter vergleichbar sind.

21 Die beiden bislang hierzu beim BFH geführten Verfahren wurden nicht in der Sache entschieden: der Beschluss des BFH v. 9. 11. 2010, I R 16/10, IStR 2011, 110 m. Anm. *Homburg*, befasst sich mit dem (eventuellen) Finalitätsjahr, die Revision I R 34/10 gegen FG Rheinland-Pfalz v. 17. 3. 2010, I K 2406/07, EFG 2010, 1632, wurde (wohl mit Rücksicht auf das „falsche“ Finalitätsjahr) zurückgenommen.

22 Vgl. OECD-MK zu Art. 23A, Nr. 13 und 15. Zu beiden Methoden eingehend *Schnitger*, in: *Brunsbach/Endres/Lüdicke/Schnitger*, Deutsche Abkommenspolitik, IFSt-Schrift Nr. 480, S. 87 ff.

23 Zu den europarechtlichen Aspekten ist auf das Urteil des EuGH v. 28. 2. 2008, C-293/06, *Deutsche Shell*, IStR 2008, 224 m. Anm. *de Weerth*, hinzuweisen.

AUFSÄTZE

werden mit Rücksicht auf ihre ausführliche Behandlung beim IFA-Kongress 2000 in München ausgespart.

**4. Möglichkeiten und Beschränkungen grenzüberschreitender Verlustnutzung**

**4.1 „Eigene“ Verluste**

Freistellungsmethode mit und ohne (temporäre) Verlustberücksichtigung mit Nachversteuerung<sup>24</sup> und Anrechnungsmethode können zu temporär oder endgültig unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies soll anhand eines Beispiels in Erinnerung gerufen werden.

Ein Unternehmen (U) hat eine ausländische Betriebsstätte (BS). Der Steuersatz beträgt im Betriebsstättenstaat 30 %, im Ansässigkeitsstaat 25 %. Ein Verlustrücktrag ist im Betriebsstättenstaat nicht vorgesehen. Im Ansässigkeitsstaat erzielt U im Jahr 1 und Jahr 2 jeweils einen Gewinn von 100.

Im Ausgangsfall erzielt BS im Jahr 1 einen Verlust von 100, im Jahr 2 einen Gewinn von 100.

Ausgangsfall	Jahr 1	Jahr 2	Gesamt
Betriebsstätte	-100	+100	+/-0
Stammhaus	+100	+100	+200
<b>Freistellung</b>			
Betriebsstätte	0	0	0
Stammhaus	25	25	50
			50
<b>Freistellung mit „Nachversteuerung“</b>			
Betriebsstätte	0	0	0
Stammhaus	0	50	50
			50
<b>Anrechnung</b>			
Betriebsstätte	0	0	0
Stammhaus	0	50	50
			50

Bei Anwendung der (schlichten) Freistellungsmethode erleidet U hier, verglichen mit den beiden anderen Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, einen temporären Liquiditätsnachteil. Die Gesamtbelastung über alle Perioden ist indessen identisch.

Wird das Beispiel dahingehend abgewandelt, dass BS im Jahr 1 einen Gewinn von 100 und im Jahr 2 einen Verlust von 100 erzielt, ändert sich die Besteuerung wie folgt:

Abwandlung	Jahr 1	Jahr 2	Gesamt
Betriebsstätte	+100	-100	+/-0
Stammhaus	+100	+100	+200
<b>Freistellung</b>			
Betriebsstätte	30	0	30
Stammhaus	25	25	50
			80
<b>Freistellung mit „Nachversteuerung“</b>			
Betriebsstätte	30	0	30
Stammhaus	25	0	25
			55
<b>Anrechnung</b>			
Betriebsstätte	30	0	30
Stammhaus	25	0	25
			55

24 Vgl. dazu auch OECD-MK Tz. 44 zu Art. 23A OECD-MA.

In der Abwandlung verbleibt bei der (schlichten) Freistellungsmethode ein endgültiger Nachteil von 25 (80-55). Man kann die Frage diskutieren, ob die – hier endgültige – Berücksichtigung des Betriebsstättenverlustes in Jahr 2 durch den Ansässigkeitsstaat im Rahmen der Anrechnungsmethode bzw. Freistellungsmethode mit Nachversteuerung angemessen ist. Denn im Falle der Anrechnungsmethode kann der Ansässigkeitsstaat auf den Gewinn des Jahres 1 infolge der Anrechnung der ausländischen Steuer im Ergebnis keine Steuer erheben; anders wäre es, wenn der Betriebsstättenstaat einen Verlustrücktrag gewähren würde. Im Falle der Freistellung mit „Nachversteuerung“ wird der Abzug des Verlusts regelmäßig nicht davon abhängig sein, ob im Betriebsstättenstaat in den Vorjahren freizustellende Gewinne entstanden sind. Letztlich sind dies aber Auswirkungen der – die Leistungsfähigkeit in der Totalperiode ohnehin außer Acht lassenden – Abschnittsbesteuerung.

Als weiterer Aspekt der (Nicht-)Berücksichtigung der gesamten Leistungsfähigkeit des Unternehmens bei „eigenen“ Gewinnen und Verlusten mag überdies die (steuerpolitische) Frage aufgeworfen werden, ob die Besteuerung von Gewinnen einer Betriebsstätte angebracht ist, sofern das Gesamtunternehmen Verluste erleidet<sup>24a</sup>.

Während im EU/EWR-Kontext eigene „finale“ Verluste einer ausländischen Betriebsstätte nutzbar sind<sup>25</sup>, hat der EuGH bisher nicht entschieden, inwieweit eine Gesellschaft bei „Umzug“ von einem Mitgliedstaat in einen anderen bzw. bei grenzüberschreitendem Formwechsel<sup>26</sup> im Aufnahme-staat ihre im Ursprungsmitgliedstaat entstandenen Verluste nutzen kann.

**4.2 „Fremde“ Verluste anderer Konzernunternehmen**

Die Berücksichtigung von originär „fremden“ Verlusten, mithin Verlusten von ausländischen Tochtergesellschaften, ist grundsätzlich nur möglich, wenn ein grenzüberschreitendes Gruppenbesteuerungssystem besteht. Dies ist weltweit allerdings eher unüblich<sup>27</sup>. Aus steuerpolitischer Perspektive sollen im Seminar C das Für und Wider solcher Konzepte diskutiert werden.

Soweit solche „fremden“ Verluste anderer Konzernunternehmen bei der Muttergesellschaft auch als eigener Verlust in Erscheinung treten, bspw. als Teilwertabschreibung oder Veräußerungsverlust, steht der steuerlichen Berücksichtigung in vielen Staaten ein im nationalen Steuerrecht vorgesehene „Schachtelprivileg“ oder eine von der Beteiligungsquote sogar unabhängige Veräußerungsgewinnbefreiung entgegen. Diese kann, wie etwa in Deutschland<sup>28</sup>, auch Forderungen aus einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung erfassen.

Während derartige Steuer-„Befreiungen“ im Falle von Verlusten aus Fiskalsicht einem Symmetriegedanken Rechnung tragen, bergen sie aus Unternehmenssicht die erhebliche Gefahr, dass Verluste von Tochterunternehmen letztlich

24a Vgl. zu DBA-rechtlichen Aspekten Urt. des schweizerischen Bundesgerichts v. 28. 11. 2005, 2 P. 140/2005, <http://www.bger.ch>

25 EuGH v. 15. 5. 2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, IStR 2008, 400 m. Anm. *Englisch und de Weerth*.

26 Zum grenzüberschreitenden Formwechsel aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht *Schönhaus/Müller*, IStR 2013, 174 ff.

27 Beispiele bilden die Gruppenbesteuerungssysteme Österreichs und Dänemarks, während Frankreich die weltweite Gruppenbesteuerung im Jahr 2011 abgeschafft hat.

28 Vgl. § 8b Abs. 3 Sätze 4 bis 7 KStG.

## AUFsätze

nirgendwo berücksichtigt werden können. Neben ausbleibenden Gewinnen können dazu insbesondere sog. „*Change of control*-Regelungen“, wie etwa § 8c KStG, beitragen.

Ob *stranded losses* eines Tochterunternehmens durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in profitable Gesellschaften überführt und dadurch nutzbar gemacht werden können, ist mehr als fraglich, weil derartige Maßnahmen häufig ihrerseits den Untergang der Verlustvorträge zur Folge haben<sup>29</sup>.

Neben einem möglicherweise durch das Europarecht bestehenden Schutz bei „finalen“ Verlusten<sup>30</sup> soll nach – international wohl eher nicht geteilter<sup>31</sup> – Auslegung des BFH<sup>32</sup> ein etwaiges Diskriminierungsverbot entsprechend Art. 24 Abs. 5 OECD-MA grundsätzlich auch eine laufende grenzüberschreitende Konsolidierung ermöglichen, und zwar mit der Muttergesellschaft<sup>33</sup>.

## 5. Steuerpolitische Überlegungen

Der aus Konzernsicht im Regelfall wünschenswerte „grenzenlose“ Ausgleich von Gewinnen und Verlusten kollidiert mit mehreren Besteuerungsprinzipien. Die in Kopenhagen beim IFA-Kongress 1979 verabschiedete Resolution führt insoweit drei Hauptprinzipien an: Steuerhoheit, Prinzip der Jahressteuer und juristische Selbstständigkeit von Körperschaften<sup>34</sup>. In der Resolution wird festgestellt, dass jedes dieser Prinzipien mit der Wirklichkeit des internationalen Wirtschaftslebens in Widerstreit geraten könne. Diese Feststellung dürfte angesichts des inzwischen erreichten Grades der Globalisierung von Unternehmensgruppen mehr denn je zutreffen. In der Resolution wird im Anschluss an die Benennung weiterer Konfliktmöglichkeiten die Vielschichtigkeit des Themas hervorgehoben, welche nicht zuletzt auch durch Unterschiede im Steuerrecht beteiligter Staaten sowie Ermittlungsschwierigkeiten bedingt ist. Insbesondere wird der faktische Zwang hervorgehoben, grenzüberschreitend eher durch intransparente Tochtergesellschaften als durch Betriebsstätten agieren zu müssen.

Nach diesen Vorbemerkungen hat der IFA-Kongress 1979 empfohlen:

1. dieses Problem durch eine Ausweitung der Bestimmungen für den Verlustvortrag und den Verlustrücktrag zu mildern, und zwar sowohl für den innerstaatlichen Bereich als auch im Rahmen der Anrechnungsmethode zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung,
2. Regelungen für eine Erweiterung der ‚indirekten‘ Methode zugunsten der Muttergesellschaft für den Ausgleich von Verlusten einer Tochtergesellschaft zu schaffen, z. B. durch die steuerliche

Anerkennung von Zuschüssen oder Teilwertabschreibungen einer Investition,

3. in Ländern, welche die weltweite Konsolidierung nicht kennen, der Muttergesellschaft die Wahlmöglichkeit einzuräumen, ihre Tochtergesellschaften steuerlich als Betriebsstätte zu behandeln, eine solche Wahlmöglichkeit muss an gewisse Voraussetzungen geknüpft sein, um Missbräuche zu verhindern.

Seminar C hat sich zwar nicht zur Aufgabe gesetzt, die damaligen Empfehlungen Punkt für Punkt bezüglich ihrer heutigen Relevanz bzw. zwischenzeitlichen Umsetzung<sup>35</sup> zu evaluieren. Gleichwohl ist absehbar, dass die steuerpolitische Diskussion den damaligen Überlegungen nicht völlig fern sein wird.

So stehen Leistungsfähigkeitsprinzip und Abschnittsbesteuerung mehr denn je im Konflikt, nachdem Vorschriften, nach denen Verlustvorträge aus Rechtsgründen trotz fortbestehender wirtschaftlicher Aktivität des Unternehmens untergehen können, in vielen Staaten verschärft wurden. Je stärker das Konzernergebnis auf einzelne Staaten und Gesellschaften aufgeteilt ist, desto größer ist die Gefahr endgültiger steuerlicher Verluste.

Andererseits besteht jedenfalls aus Sicht der Fisci ein Bedürfnis dafür, Verluste ggf. nicht unbegrenzt vortragen zu lassen und Gestaltungen, die der Verlustnutzung dienen, nicht uneingeschränkt anzuerkennen.

Aus Unternehmenssicht muss die Steuerpolitik jedoch berücksichtigen, dass Unternehmen einem globalen Wettbewerb ausgesetzt sind. Internationalisierung der unternehmerischen Tätigkeiten ist bis weit in den Mittelstand hinein heutzutage zwingend. Da die Internationalisierung auch im staatlichen Interesse liegt, sollten die steuerlichen Rahmenbedingungen dem soweit wie möglich Rechnung tragen.

In der EU sind zusätzlich die europarechtlichen und europapolitischen Aspekte zu betrachten. So bieten die Grundfreiheiten durchaus einen Schutz für Unternehmen vor grenzüberschreitender Schlechterbehandlung auch im Bereich der Verlustnutzung. Fraglich ist jedoch, ob das in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Konzept der „finalen Verluste“ für betroffene Unternehmen in einem sich als „Binnenmarkt“ verstehenden Wirtschaftsraum als ausreichend anzusehen ist. Hinzu kommt, dass diese Minimal-Gewährleistung einer zumindest einmaligen Berücksichtigung von Verlusten von den Mitgliedstaaten zum Teil äußerst zögerlich rezipiert und durch seit Jahren unfruchtbare Diskussionen um den Finalitätsbegriff für die Unternehmenspraxis entwertet wird.

## 6. Beschränkung grenzüberschreitender Verlustnutzung durch Vorschriften zur Bekämpfung der Steuerumgehung

Die Politik in Bezug auf grenzüberschreitende Verlustnutzung wird durch die weltweite Diskussion über BEPS sowie *Aggressive Tax Planning* beeinflusst. Sowohl auf OECD- als auch auf EU-Ebene werden intensive Überlegungen angestellt, wie Steuerumgehung bekämpft und wie insbesondere

29 Vgl. etwa § 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG.

30 Vgl. EuGH v. 23. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, IStR 2006, 19 m. Anm. *Englisch*.

31 Vgl. Tz. 77 OECD-MK zu Art. 24 OECD-MA; ferner *Avery Jones et al.*, *World Tax Journal* 2011, 179 (210, in Fn. 131).

32 Vgl. BFH v. 9. 2. 2011, IR 54, 55/10, BStBl II 2012, 106, IStR 2011, 345 m. Anm. *Mössner*.

33 Die deutsche DBA-Politik hat hierauf bereits reagiert, vgl. etwa Prot. Nr. 8 zum DBA-Liechtenstein, Prot. Nr. 4 zum DBA-Luxemburg, Prot. Nr. XVI Abs. 2 DBA-Niederlande, Prot. Nr. 6 zur Deutschen Verhandlungsgrundlage, IStR Beihefter zu Heft 10/2013, 46 (berichtet IStR 2013, 440); ähnlich bereits früher Prot. Nr. 21 zum DBA-USA.

34 Vgl. IFA Yearbook 1979, S. 79.

35 Vgl. dazu die Klage während des IFA-Kongresses 1998 in London (oben Fn. 2).

## AUFSÄTZE

die nationalen Steuersysteme zur Vermeidung unerwünschter Ergebnisse besser aufeinander abgestimmt werden können. Viele Staaten verfügen schon jetzt über Vorschriften, die zur Vermeidung von Umgehungen oder Missbräuchen die grenzüberschreitende Verlustnutzung einschränken.

### 6.1 Internationale Entwicklungen

Die aktuelle BEPS-Diskussion stützt sich neben dem hierzu ergangenen OECD-Bericht<sup>36</sup> ganz wesentlich auf den im Jahr 2011 von der OECD veröffentlichten Bericht „Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning“. Dieser unterscheidet verschiedene Kategorien von Verlustnutzungsmodellen („schemes“)<sup>37</sup>:

- loss-shifting schemes;
- schemes shifting profits to a loss-making party;
- schemes circumventing time restrictions on the carry-over of losses;
- schemes circumventing change of ownership/activity restrictions on the carry-over of losses;
- schemes circumventing rules on the recognition or treatment of losses;
- schemes creating artificial losses;
- schemes involving the dual/multiple use of the same loss.

Selbst wenn man die Begriffe „*scheme*“ und „*aggressive*“ neutral und nicht in ihrer eher negativen Bedeutung versteht, fällt die durchaus unterschiedliche „Qualität“ der beschriebenen Planungsmodelle ins Auge. Sie reichen von der „Abwehr“ gesetzlicher Beschränkungen der Verlustnutzung (über deren Sinnhaftigkeit man im Einzelfall ja trefflich streiten kann) bis zur – fiskalisch nicht akzeptablen – künstlichen Herbeiführung und mehrfachen Nutzung von Verlusten.

Die im Laufe der kommenden Monate und Jahre von der Staatengemeinschaft zu entwickelnden Maßnahmen<sup>37a</sup> werden mit Blick auf grenzüberschreitende Verlustnutzung vermutlich recht differenziert ausfallen müssen. Jedenfalls würde ein allzu rigides Beharren auf der steuerlichen Isolierung von Verlusten der Wirklichkeit in international agierenden Unternehmensgruppen kaum gerecht.

Die Empfehlung der EU-Kommission vom 6. 12. 2012 betreffend aggressive Steuerplanung<sup>38</sup> äußert sich nicht speziell zur grenzüberschreitenden Verlustnutzung. Derzeit kann aber kaum ausgeschlossen werden, dass die den Mitgliedstaaten empfohlene allgemeine Vorschrift zur Missbrauchsbekämpfung diesbezüglich Wirkungen entfalten könnte.

### 6.2 Nationale Regelungen

Prominente Beispiele für nationale Regelungen zur Beschränkung einer als missbräuchlich angesehenen Verlustnutzung im grenzüberschreitenden Kontext sind die sog. *dual consolidated loss rules*. Sie wurden erstmals 1986 in den USA eingeführt, um eine international doppelte Verlustnutzung durch doppelt ansässige Gesellschaften und in bestimmten

anderen Fallgestaltungen zu verhindern<sup>39</sup>. Zwischenzeitlich haben verschiedene andere Staaten wie auch Deutschland Bestimmungen mit gleicher oder ähnlicher Zielsetzung geschaffen. Sie sind in dem OECD-Report „Hybrid Mismatch Arrangements“<sup>40</sup> – allerdings unter einer auf doppelte *Aufwandsverrechnung* und nicht doppelte *Verlustnutzung* weisenden Überschrift<sup>41</sup> – aufgeführt.

Die deutsche Regelung in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KStG belegt exemplarisch die Schwierigkeit, durch eine unilaterale Maßnahme ein bilaterales Problem lösen zu wollen. Es darf bis heute als ungeklärt gelten, was im Jahr 2001 im Einzelnen mit der Vorschrift geregelt werden sollte und was tatsächlich geregelt worden ist<sup>42</sup>. Auch die OECD ist auf Spekulationen angewiesen<sup>43</sup>. Die in diesem Jahr erfolgte Neufassung der Vorschrift ist nur ein weiterer Beleg für die Schwierigkeiten der Materie. Erste Äußerungen im Schrifttum<sup>44</sup> führen dies deutlich vor Augen; auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen. Es besteht die Gefahr, dass (auch) die deutsche Regelung infolge ihrer Erwähnung in den OECD-Berichten als ein Beispiel für eine – wahrlich nicht gegebene – *best practice* missverstanden werden könnte.

Da *Dual consolidated loss*-Regelungen künftig vermehrt anzutreffen sein dürften, sollen sie – auch in ihrer Abgrenzung zu doppelter Aufwandsverrechnung – während des Seminars C diskutiert werden.

### 7. Planungsaspekte

„With tax losses being deferred and often treated as non-deductible in an international context, how can global companies be criticized for trying to re-establish a closer proximity between economic results and relevant tax base through international tax planning?“<sup>45</sup>

Unternehmen sehen sich vor dem Hintergrund der vom Gesetz häufig gar nicht oder nur in geringem Umfang bereitgestellten Möglichkeiten grenzüberschreitender Verlustnutzung nicht selten veranlasst, die als unangemessen empfundenen steuerlichen Beschränkungen durch Steuerplanung zu vermeiden und ein besseres Gleichgewicht zwischen weltweitem wirtschaftlichem Ergebnis und weltweiter Steuerbemessungsgrundlage herzustellen.

39 Vgl. *Blessing*, *Der Konzern* 2003, 113 ff., 203 ff.

40 OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements*.

41 „Rules addressing the multiple deduction of the same expense“, vgl. OECD (2012, Fn. 40), S. 15. Zutreffend noch OECD (2011, Fn. 37), S. 41: „Restrictions on the dual use of losses“. Genannt sind Dänemark, Deutschland, Großbritannien, Neuseeland und die USA.

42 Dazu eingehend *Brink*, in: *Schnitger/Fehrenbacher*, KStG, § 14, Rn. 937 ff.; *Lüdicke*, in: *Herzig* (Hrsg.), *Organschaft*, S. 436 ff.

43 OECD (2011, Fn. 37, S. 44 Note 15): „Although the Explanatory Memorandum (scil. BT-Drs. 14/6882, S. 37) only refers to dual resident companies, the wording of the statute itself may also cover other cases, including certain cases involving hybrid entities. The hybrid entity cases that may be covered are cases in which the controlling entity (in particular, a German GmbH) is a corporation for German tax purposes but transparent or disregarded for foreign tax purposes. Whether such cases are covered by the rule is a subject of debate in the German tax literature.“

44 Vgl. *Benecke/Schnitger*, IStR 2013, 143 ff.; *Gründig/Schmid*, DSStR 2013, 617 ff.; *Schaden/Polatzky*, IStR 2013, 131 ff.

45 Statement eines früheren Leiters Steuern eines DAX 30-Unternehmens für das Seminar C.

36 OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

37 OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, S. 51.

37a Vgl. dazu den „*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*“ der OECD vom Juli 2013.

38 Europäische Kommission, C(2012) 8806 final.

## AUFsätze

So wird die Entscheidung zwischen Betriebsstätte und Tochtergesellschaft namentlich in der Gründungs- und Expansionsphase in einem ausländischen Staat häufig durch steuerliche Überlegungen beeinflusst sein. Finanzierungsaspekte sind in Gestaltungsüberlegungen einzubeziehen. Interessant erscheint auch ein Vergleich der in vielen Steuerrechtsordnungen zur Verfügung gestellten oder zumindest tolerierten Modelle zur innerstaatlichen Nutzung von Verlusten mit den grenzüberschreitend akzeptierten Möglichkeiten.

**8. Ausblick**

Die grenzüberschreitende Nutzung von Verlusten erfährt innerhalb eines Rechtsträgers und erst recht rechtsträger-

übergreifend im Konzern aus steuersystematischen Gründen notwendigerweise Beschränkungen. Dennoch können die Staaten ihren Unternehmen insoweit unterschiedliche Spielräume gewähren. Das gilt nicht nur für die Berücksichtigung von im Ausland verursachten Verlusten aufgrund entsprechender gesetzlicher Regelungen, sondern auch für die Tolerierung diesbezüglicher Steuerplanungsmaßnahmen.

Legislatorisch legitim ist es aber ebenso, die grenzüberschreitende Verlustnutzung zur Vermeidung von Missbräuchen zu beschränken. Solche Missbrauchsregelungen sollten – wie jede Missbrauchsregelung – allerdings nicht über das Ziel hinausschießen und die wirtschaftliche Situation der Unternehmen aus den Augen verlieren.